danten übertragen wird. Es bedarf aber keines Beweises, daß hier die gewöhnlichen Grundsätze von der Cession selbst erworbener Forderungen nicht durchgreifend zur Anwendung kommen können, sondern daß hier besondere Grundsätze durch das Verhältniß der Stellvertretung herbeigeführt werden. Denn z. B. wenn A im Auftrag des X und in dessen Namen dem B eine Sache verkaufte, und nun X seine venditi actio utilis gegen den Käufer auf Bezahlung des Kaufpreises anstellt, so wird Niemand glauben, daß der Käufer mit alten Forderungen, die er gegen den Mandatar hat, gegen den Mandanten abrechnen könne, und noch weniger kann diesem die exceptio pacti entgegenstehen, wenn der Mandatar dem Käufer die Schuld sollte erlassen haben, wenn gleich der Mandant nach dem Römischen Formalismus mit der ihm vom Mandatar cedirten venditi actio klagt. Es beruhet aber hier diese ganze Frage auf den besondern Eigenthümlichkeiten der genannten Vertretungs-Verhältnisse, und interessirt uns deshalb, so wünschenswerth vielleicht eine nähere Erörterung dieser ganzen Sache scheinen könnte, wenigstens bei der vorliegenden Frage nicht näher.

XVI.

Ueber den Begriff der Litispendenz im Civilprozeß.

Von

Dr. A. W. S. Francke,

Privatdocenten der Rechte in Kiel.

Wenn gleich über die Frage nach den Wirkungen des ersten richterlichen Decrets und der Litisconteſtation unter den Juristen im Grunde große Uebereinstimmung herrscht, so vermißt

man diese doch um so mehr in der Form, unter welcher die verschiedenen Prozessualisten diese respectiven Wirkungen vortragen. Während nämlich Einige [1]) die Litispendenz als Folge des ersten richterlichen Decrets darstellen, machen Andere [2]) dieselbe zu einer Wirkung der Litiscontestation; Andere endlich [3]) unterscheiden zwischen der Litispendenz in engerer und weiterer Bedeutung, und legen dieser die Insinuirung des ersten Decrets, jener die Einlassung als Quelle bei. In sofern nun, wie gesagt, über die materiellen Wirkungen jener Prozeßbestandtheile dennoch keine Meinungsverschiedenheit Statt findet, kann man allerdings mit Linde [4]) jenen Streit, ob die Litispendenz Wirkung der einen oder andern Handlung sey, einen bloßen Wortstreit nennen. Allein dessenungeachtet wird es Niemand leugnen, daß ein solcher Wortstreit nothwendig nachtheilig auf die Klarheit und Bestimmtheit der Begriffe zurückwirken muß, da es sich hier ja doch um die rechtliche und vernünftige Bedeutung eines in die Gesetze aufgenommenen Begriffs handelt. — In der That, kein Gebrechen wirkt anerkannt hemmender gegen eine freie Entwicklung der Jurisprudenz und des rechtlichen Zustandes, als ein ängstliches Hängen an der Form; allein eben so nachtheilig wirkt auf der andern Seite auch eine Vernachlässigung aller Form. Die Form ist doch gleichsam das Bild ihres Inhalts; sie ist das einzige Merkmal, woran man denselben anschaulich macht. Dieß gilt nicht nur von körperlichen Dingen, sondern auch von Begriffen. Denn diese haben ihre Form in den Worten, durch welche man sie begreiflich macht. Je mehr Uebereinstimmung daher in den bezeich-

---

1) Wie Bayer in seinen Vorträgen S. 231 und die meisten Prozessualisten.

2) Namentlich Linde im Lehrb. §. 206. und Gesterding in der unten anzuführenden Abh.

3) Z. B. Danz Grundś. des ordentl. Proz. §. 38.

4) a. a. O. Not. 1.

nenden Formen sich findet, desto mehr muß auch dadurch die Einheit in den Begriffen erleichtert werden, und dieses bewährt sich besonders in der Jurisprudenz als nothwendig. Wenn man daher irgend eine Controverse aus dem Grunde übergeht, weil sie auf einem Wortstreit beruhe, so kann man dazu im Einzelnen volles Recht haben, ohne daß darum die Unbedeutsamkeit der Wortstreite behauptet werden kann. Vielmehr muß es gerade dem Juristen besonders darum zu thun seyn, alle Wortstreite so viel als möglich aus der Jurisprudenz zu verbannen. Er darf sich nicht, wie die Philosophen es mögen, für berechtigt halten, sich nach Willkühr seine eigne Sprache zu bilden. Wo sich ein fester Sprachgebrauch gebildet hat, muß er diesem folgen. Fehlt es an dieser Festigkeit im Sprachgebrauch, sind von Einem Worte mehrere Bedeutungen im Umlauf, so lohnt es sich nicht allein der Mühe zu untersuchen, welche der Bedeutungen die richtige sey, oder ob sie sich rechtfertigen lassen, sondern es ist dieß der einzige Weg zur Verhütung wahrer Streitigkeiten de lana caprina. — Eine kurze Untersuchung dieser Art über den Begriff und die Bedeutung der Litispendenz dürfte hinreichend gegen den Vorwurf der Ueberflüssigkeit gesichert seyn, wenn sie zu bewirken im Stande seyn sollte, daß die Lehrbücher des Prozesses hinfort den Anfängern in der Jurisprudenz nicht die Begriffe von dieser Lehre verwirren, welches diese kaum vermeiden können, wenn sie in dem einen lesen, die Litispendenz sey Wirkung des ersten Decrets, in dem andern, sie sey Wirkung der Einlassung, obgleich sie in der Entwicklung der einzelnen Folgen beider gerichtlichen Acte keine Abweichung finden.

Die älteren Prozessualisten waren mit dem Begriff der Litispendenz leichtfertig. Ohne sich auf eine historische Entwicklung desselben einzulassen, schlossen sie sich streng dem Text des Codex- und Clementinentitels ut lite pendente nihil innovetur an. Ihnen ist daher durchgängig der Anfangspunkt der Litispendenz die Citation, Wirkung ut nihil

innovetur. So sagt Gobler [5]: „die Vorladung macht auch den Krieg anhängig, litispendentiam. Das dienet dazu, daß in anhängendem Krieg nichts Neues mag fürgenommen werden.“ Ganz übereinstimmend hiermit ist Termineus im proc. juris, Ausg. v. 1568. 8. pag. 28 de effectibus citationis. Doch fangen schon J. H. Böhmer, Pufendorf und Pütter an, die Grundsätze des Röm. und canon. Rechts zu unterscheiden [6]. In der neuesten Zeit hat man begonnen, den Ausdruck Litispendenz dahin zu deuten, daß mit ihm der Zeitpunkt bezeichnet werden solle, von welchem an die Partheien beide mit gehaltener Rede und Gegenrede streitend einander gegenüber stehen. Der Erste, welcher diesen Weg betrat, ist Gesterding [7], der im „Prozeß zwischen Citation und Litiscontestation“ als Anwalt der Letzteren für sie als Wirkung die Litispendenz zu vindiciren sucht. Er beruft sich auf den Begriff des Prozesses in der Bedeutung eines Rechtsstreits, auf den Begriff eines Streits überhaupt, der nicht gedacht werden könne, wenn bloß Einer den Andern angreift, ohne daß der Andere sich widersetzt: ein Streit setze vielmehr immer voraus, daß beide gegen einander kämpfen. Ehe also der im Prozeß Angegriffene sich gegen die gegen ihn erhobene Klage zu vertheidigen begonnen, oder wenn er gar in Folge der Klage der Fortsetzung des Prozesses durch Befriedigung vorbeuge, könne von einem anhängigen Rechtsstreite durchaus nicht die Rede seyn, vielmehr sey es hier zum Prozeß gar nicht gekommen. — Den so deducirten Begriff der Litispendenz findet Gesterding nicht allein in der Natur der Sache, nicht allein im Römischen, sondern auch im canonischen Recht.

Ich glaube, es wird sich der Beweis führen lassen, daß

---

5) Im gerichtlichen Prozeß. Ausg. v. 1578. fol. 85. b.

6) Vgl. Gesterding, alte und neue Irrthumer der Rechtsgelehrten S. 128. 29.

7) a. a. O. no. V. S. 123 ff.

diese Argumentation als unhaltbar erscheinen müsse, weil es ihr bei aller Anerkennung der Nothwendigkeit einer grammatischen Analyse des Worts Litispendenz gänzlich an historischem Fundament fehlt, wodurch das ganze Raisonnement einen einseitigen Charakter zu gewinnen scheint. Nachfolgender Versuch einer auf anderem Wege begründeten Begriffsentwicklung diene gleichzeitig als Material zur Kritik der Gesterdingschen Deduction.

Wir können von dem Satz ausgehen, daß Litispendenz die Lage der Sache post inchoatam, post coeptam litem bezeichnet. In der That wird dieses auch von Niemanden bestritten, liegt auch so sehr in der Natur der Sache, daß es keines weiteren Beweises bedarf. Denn daß vor Anfang der lis nicht von ihrer Anhängigkeit die Rede seyn könne, versteht sich von selbst. Allein ungeachtet der Unbestreitbarkeit dieses Satzes werden wir doch gerade hiernach zu einem verschiedenen Begriff der Litispendenz geführt. Wir haben hier nämlich zu fragen: mit welchem Zeitpunkt nimmt denn die lis ihren Anfang? Eine Frage, die sich von selbst beantwortet, wenn wir wissen, was denn eigentlich die lis selbst ist. Und dieser Punkt, der Begriff der lis selbst ist es, der, seltsam genug, bei Begriffsbestimmung der Litispendenz vorzüglich vernachlässigt zu seyn scheint. Man hat sich begnügt, lis durch Rechtsstreit zu übersetzen, und begreiflicher Weise hat man sich daher auch nicht darum bekümmert, ob sich im Lauf der Zeit der Begriff der lis nicht modificirt und geändert hat. Daß eine solche Abänderung des Begriffs im Röm. Recht mit der Aufhebung des Unterschieds zwischen jus und judicium eintreten mußte und eingetreten ist, darf gewiß nicht mehr bezweifelt werden, wenn man sich den Begriff verdeutlicht, wie wir ihn in den Quellen des Röm. Rechts vor dieser Zeit finden. — Zu der Zeit nämlich des Römischen Formelprozesses, oder vielmehr der Trennung von jus und judicium war lis in eigentlicher, strenger Bedeutung gewiß nichts anderes als der Streit, in wie fern er in judicio, vor den judicibus privatis

geführt ward. Der Beweis hierfür liegt fast in jeder einzelnen Stelle, worin von der lis in den verschiedensten Beziehungen die Rede ist. Selbst da, wo lis in der allgemeinen Bedeutung von Rechtsstreit überhaupt oder von causa genommen werden kann, ist doch fast durchgängig die Beziehung vorherrschend, wonach sie schon ihren Cursus bei dem Magistratus absolvirt hat. Man kann demnach behaupten, daß lis schlechthin in eigentlicher Bedeutung schon dasselbe ausdrückt, was Papinian in der L. 31. §. 2. D. de negot. gest. (3. 5.) als lis in judicium deducta bezeichnet. Zum Belege dienen uns beispielsweise folgende Redensarten:

litem aestimare und *litis aestimatio*, d. h. die Schätzung der streitigen Sache, insofern sie vom judex, in judicio geschieht. Daher heißt es übereinstimmend mit unzähligen andern Stellen, in der L. 82. §. 2. D. de legatis I: si ex testamento egero, *judex* tanti litem aestimare debebit, quanti mihi aberit; —

in litem jurare. Die Ueberschrift des Titels de in litem jurando erklärt, unserer angenommenen Bedeutung gemäß, Cujaz durch jusjurandum actori a *judice* delatum, ejus rei, *quae in judicium* deducta est, aestimandae causa.

Am entschiedensten sprechen für die genannte Bedeutung der lis die Ausdrücke *litem suscipere* [8], *litem ordinare* [9], *litem contestari* [10], *litem praeparare* [11]. Die Ausdrücke *lis* ordinata und *judicium* ordinatum werden vollkommen promiscue gebraucht [12], und ebenso ist es wohl außer Zweifel, daß litem suscipere unmittelbar für judicium suscipere oder

8) cf. L. 8. §. 3. D. de procuratoribus (3, 3.) — L. 1. §. 3. D. de admin. tut. (26, 7.)

9) L. 24. §. 1. vgl. mit L. 25. §. 2. D. de liberali causa (40, 12.)

10) Z. B. L. 28. §. 4. D. de judic. (5, 1.)

11) L. 7. §. ult. D. de liberali causa, — L. 7. D. de inoff. testam. (5, 2.)

12) Die Beispiele s. bei Brisson. de V. S. s. v. ordinari.

accipere steht. Demnach ist die Frage, an lis ordinata sit, und ob das judicium constituirt ist, völlig gleichbedeutend, und ante litem ordinatam kann von einer lis in streng technischer Bedeutung nicht die Rede seyn. Dasselbe gilt von der lis contestata, über deren Begriff wir uns hier nicht weiter auslassen dürfen, da wir uns hierüber auf die treffliche Entwicklung in dem Werk von Keller über Litiscontestation, Zürich 1827. S. 1—69, beziehen können. Es genügt hier, darauf hinzudeuten, daß mit der *litis* contestatio derselbe Zeitpunkt bezeichnet wird, von welchem das *judicium* acceptum datirt. Mit der litis ordinatio und contestatio nimmt die Verhandlung in jure ein Ende. Bis dahin heißt es: lis praeparatur [13]; von jetzt an beginnt die lis, und lis coepta und lis contestata sind daher wiederum gleichbedeutend. Keineswegs ist aber hiermit, wie Gesterding S. 140 anzunehmen scheint, der Ausdruck *litis motio*, lis mota gleichbedeutend. Mit dürren Worten widersetzt sich gerade einer solchen Ansicht die L. 25. §. 7. D. de hered. petit. zu den Worten „si ante litem contestatam fecerint. Es heißt hier: Hoc ideo adjectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse: *quinimo post controversiam motam.* Quamquam enim litis contestatae mentio fiat in senatusconsulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt etc. Ebenso deutlich spricht sich die L. 18 pr. de his quae ut indign. (4, 39.) vgl. mit der L. 20. §. 11. de hered. petit. aus, wonach die lis mota est, quum primum denuntiatum sit [14]. Litem movere heißt

---

13) Daher läßt es sich auch mit unserer Ansicht recht gut vereinigen, wenn es in der L. 21. D. de reb. cred. (12, 1.) heißt: ad officium praetoris pertinet lites deminuere. Denn, so gut der Prätor in jure litem präpariren kann, kann er auch durch seine Maaßregeln und sein Benehmen der eigentlichen lis vorbeugen.

14) Daß aus der motio litis nicht die Existenz der lis unmittelbar folge, daß mit der mota lis das Daseyn der lis nicht unmittelbar gegeben ist, bedarf wohl nicht der Bemerkung.

also nichts weiter, als Anlaß geben zu einer lis. Die litis motio, litis praeparatio und contestatio oder ordinatio sind demnach Stufenfolgen im Gange des Römischen Prozesses zur Zeit des jus und judicium. —

Wenn wir in dem Bisherigen zu dem Resultat kommen, daß lis coepta und lis contestata zusammenfallen, so stimmt dieses scheinbar mit demjenigen zusammen, was Gesterding zu beweisen sucht, daß nämlich, wie er S. 134 sagt, Litiscontestation mit Anfang des Rechtsstreits gleichbedeutend sey. Allein in der That haben beide fast gleichlautende Resultate eine durchaus entgegengesetzte Tendenz. Gesterding nämlich will aus den von ihm angeführten Stellen [15]) beweisen, daß sich im Röm. Recht jener schon aus der Natur der Sache folgende Satz bestätige; wir aber suchen darzuthun, daß das Zusammenfallen der lis inchoata und der lis contestata nur als eine Eigenthümlichkeit der Römischen Gerichtsverfassung, als unmittelbare Folge aus der Trennung von jus und judicium erscheine. Gesterding sucht die allgemeine Annehmbarkeit seines Satzes durch den Römischen Ausdruck judicium accipere zu rechtfertigen, indem er ihn S. 135 ganz allgemein durch „Aufnehmen des Streits" übersetzt; wir aber machen darauf aufmerksam, daß gerade in diesem Ausdruck eine Hinweisung auf den Uebergang von dem Verfahren in jure auf das judicium liegt. Aus diesem Grunde hätte Gesterding sich auch nicht zur Gewähr seiner Ansicht auf Vinnius ad tit. J. de offic. jud. (4, 17.) berufen sollen, wenn dieser sagt: est enim litis contestatio prima judicii pars; denn er fügt hinzu: si vocem judicii proprie et stricte accipimus, womit er gerade die Ansicht vermeiden zu wollen scheint, die Gesterding ihm unterlegt [16]).

---

15) Namentlich aus der L. 26. D. de O. et A. (44, 7.) — der L. un. C. de lit. contest. (3, 9.) — L. 16. C. de judic. (3, 1.) etc.

16) Wohl aber deducirt Vinnius den Begriff der Litiscontestation gerade so, wie Gesterding den des Streitanfangs. Er sagt näm-

Nach der im Obigen gegebenen Deduction des Begriffs der lis im Röm. Recht dürfen wir kein Bedenken mehr tragen, den Begriff der Römischen Litispendenz darnach zu bestimmen. Denn da diese nach der übereinstimmenden Ansicht Aller den Zeitpunkt post coeptam litem bezeichnet, so muß sie zur angegebenen Zeit des Röm. Rechts mit der Litiscontestation ihren Anfang nehmen, und die Ausdrücke lite pendente, lite coepta und judicio accepto oder lite contestata bezeichnen daher ungefähr denselben Zeitraum, nur daß die lis pendens den ganzen in judicio befindlichen Streit umfaßt, während die andern Ausdrücke nur auf den Anfang des judicii sensu stricto sich beziehen, von denen die beiden letzten noch die Beziehung auf die mit dem Anfange des judicii zu verbindenden Formalitäten enthalten.

Werfen wir nun auch einen Blick auf den innern Charakter der Litispendenz, so werden wir finden, daß auch dieser sich aus einer einfachen Betrachtung der Wortbedeutung entwickeln läßt, und daß wir auch hier auf diese Weise nach den angegebenen Perioden zu einem verschiedenen Resultat kommen müssen. — *Pendere* kommt bekanntlich in mehreren Bedeutungen vor. Theils heißt es in Ungewißheit schweben, z. B. conditio pendet; theils bezeichnet es die Dauer eines angefangenen, aber noch nicht vollendeten Umstandes, so ist z. B. pendente causa appellationis in der L. 28. §. 2. D. de

---

lich: quum lis esse non possit, nisi unus affirmet, alter neget, apparet, litiscontestationem non fieri, nisi per contradictionem. Es läßt sich dieses mit dem Obigen sehr gut vereinigen, wenn man erwägt, daß Vinnius die Litiscontestation als prima judicii pars aus dem Gesichtspunkt der Römischen Gerichtsverfassung erklärt. Doch ist hier wohl zu bemerken, inwiefern diese Ansicht abweicht von dem Resultat des von Keller geführten Beweises, wonach die Litiscontestation überhaupt nicht pars judicii, sondern eine Handlung in jure war. s. unten nota 19.

appellatt. so viel als durante appellatione [17]), Hauptsächlich interessirt uns aber die Bedeutung, wonach pendere ungefähr zusammenfällt mit cohaerere, so viel heißt als, einer Sache ankleben, anhaften, an ihr hangen. Dieses, als die erste Bedeutung, ist auch die allgemeinste, dem Worte eigenthümliche Tendenz, und blickt fast in allen Beziehungen durch. Bei dem Ausdruck pendente lite vereinigen sich die beiden letzten Bedeutungen. Es wird damit der Zeitraum, während dessen die lis in judicio geführt wird, bezeichnet; ihre eigentliche Charakteristik findet aber die Lage der Sache pendente lite in der letzten Bedeutung. Diese weis't nämlich darauf hin, quocum cohaereat, und dieß ist allemal das judicium. — Daß die Litispendenz demnach die Lage der Sache bezeichnet, wonach sie dem judicium gleichsam anklebt, bestätigt sich nicht allein in der bemerkten unzweifelhaften Bedeutung von pendere, sondern bestätigt sich auch in dem Deutschen Ausdruck Anhängigkeit oder Rechtshängigkeit, der noch mehr, als der Lateinische, bloß auf die Beziehung zu dem Gericht, welchem die anhängige Sache überantwortet ist, welches dieselbe zur Untersuchung und Entscheidung in Händen hat, welchem also dieselbe gleichsam anhaftet, hinweist. Die Folge dieses zwischen dem Gericht und der Sache bestehenden Verhältnisses bezeichnet sich von selbst. Sie haftet fest an ihm, insofern es competent ist, das Gericht hält die Sache fest, insofern nicht gegenseitige Uebereinkunft oder Fallenlassen des Prozesses eine Abänderung begründet, und es entsteht unter diesen Beschränkungen die Verpflichtung des Gerichts, so wie der Partheien, die Sache da, wo sie einmal anhängig ist, zu Ende zu führen. Das Wesen der Litispendenz ist demnach, daß sie zur exceptio rei in judicium deductae berechtigt. Daß dieser Zeitpunkt nach Röm. Recht erst mit der Litiscontestation eintritt, folgt theils schon aus der Bezeich-

---

17) Es ist ganz dasselbe, als das daraus entstandene französische pendant.

nung des judicium, in welches ja der Prozeß erst mit der Litiscontestation hineintritt, theils wird es ausdrücklich ausgesprochen in der L. un. C. de lit. contest. [18]) und in dem Satz der L. 30. D. de judic.: ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet. Denn die exc. rei in judicium deductae ist nichts als die Berufung auf die lis in eodem judicio ad finem deducenda.

In der bisher geführten Deduction liegt mehr, als wir bis jetzt daraus ableiteten. Dieses bestand einfach darin, daß die Litispendenz zur Zeit der älteren Röm. Gerichtsverfassung mit der Litiscontestation ihren Anfang nahm, und daß sie sich durch Begründung der exc. rei in judicium deductae charakterisirt. Beide Momente liefern aber auch einen vollständigen Beweis dafür, daß die Litispendenz die bemerkte Bedeutung nur so lange haben konnte, als das judicium seine alte Bedeutung behielt. — Mit der Aufhebung der Trennung von jus und judicium mußte sich nothwendig der Begriff der Litispendenz modificiren, und zwar generalisiren [19]). Judicium bezeichnet von jetzt an nicht mehr die nach der Litiscontestation von dem Prätor mit der Untersuchung der causa beauftragten judices privati, sondern judicium war jetzt ganz allgemein das Richtercollegium, welches von jetzt an die Functionen des Magistratus mit denen der judices privati vereinigte, das Gericht, bei welchem die Sache angebracht ward; und daß dieser Begriff der bis auf den heutigen Tag gangbare geblieben ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Ebenso wenig bedarf es aber eines Beweises, daß nach

---

18) Die Worte lauten: Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest etc.

19) Auf ähnlichem Wege demonstrirt Keller a. a. O. S. 58—64. aus dem Wegfallen der Trennung von jus und judicium, wie die L. un. C. de lit. cont. der Ansicht nicht im Wege stehe, daß die Litiscontestation in jure vorgenommen ward.

dieser Zeit die Begründung der exceptio rei in judicium deductae Wesen der Litispendenz geblieben ist. Aber die Bedeutung dieser exceptio selbst mußte sich mit dem veränderten Begriff des judicium nothwendig mit ändern, so wie die Bedeutung der Litiscontestation sich nach diesen Umgestaltungen modificiren mußte. — Da judicium von dieser Zeit an überhaupt das Gericht bezeichnet, so kann man von der Sache auch nicht dann erst sagen, sie sey in judicium deducirt, wenn lis contestirt ist, sondern der Natur der Sache nach muß jetzt die deductio in judicium von dem Augenblick anheben, da die Sache bei dem Gericht angebracht, und von diesem die rechtliche Einführung der Sache anerkannt ist; und dieser Augenblick muß demnach auch nothwendig den Anfangspunkt der Litispendenz bezeichnen.

So sehr alles dieses bei der heutigen Gestalt der Gerichtsverfassung der Natur der Sache angemessen ist, so auffallend muß es doch erscheinen, schon aus dem ältern Röm. Recht in der L. 7. D. de judic. [20]) eine Bestimmung zu finden, die sich nur als eine Anwendung und Anerkennung jenes Satzes erklären läßt, wonach die Litispendenz schon mit der Citation anhebt. Die Stelle enthält den Satz, daß das einmal competente Forum in der Sache, in welcher schon citirt ist, competent bleibt. Fragt man aber nach dem Grunde dieser Bestimmung, so läßt sich doch in der That kein anderer finden, als, weil man von der Ansicht ausging, daß die Sache zu dem Gericht schon durch die Citation in ein An- und Abhängigkeits-, in ein Pendenzverhältniß trete. Diese unleugbare Inconsequenz des älteren Röm. Rechts läßt sich aber wohl erklären, wenn man annimmt, daß schon den Römern das Bedürfniß fühlbar war, die Litispendenz unter Umständen früher zu datiren, als es im Allgemeinen die damalige Ge-

20) Si quis, posteaquam in jus vocatus est, miles vel alterius fori esse coeperit, in ea causa jus revocandi forum non habebit, quasi praeventus.

richtsverfassung gestattete. Man kann aber behaupten, daß sich nach und mit der Umgestaltung der Gerichtsverfassung der nach älterem Röm. Recht inconsequente Satz der L. 7. D. de judic. generalisirte, daß von dieser Zeit an die Litispendenz ganz allgemein Folge der Citation ward. — Da der frühere Begriff der Litispendenz insofern nothwendig beibleiben mußte, als sie den Zeitraum post coeptam litem oder post inchoatum judicium bezeichnet, so lag in dem bloßen Wegfallen des alten Begriffs von judicium, und in der Umwandlung desselben in den allgemeinen Begriff der vor Gericht befindlichen Sache auch die Modification der Litispendenz vollkommen begründet, wonach sie mit der ersten gerichtlichen Handlung ihren Ursprung nimmt, wodurch das Gericht das zu ihm bestehende Pendenzverhältniß der Sache zu erkennen giebt. — Daß man von hier an, und nicht noch immer von der Einlassung aus dem von Gesterding geltend gemachten Grunde, der doch in der That auf einer spitzfindigen Behandlung des Begriffs von Streit beruht, die Litispendenz datiren muß, wird demnach einleuchten. Denn es liegt am Tage, daß jenes Raisonnement von Gesterding ganz allgemein zu der Behauptung führen mußte, daß nicht der Angreifende, sondern immer der sich Vertheidigende als derjenige anzusehen sey, der den Streit anfängt; der im Stande der Nothwehr sich Vertheidigende würde demnach einen Streit mit dem, der ihn überfällt, beginnen. Daß der Begriff des Streits Angriff und Vertheidigung voraussetzt, wird darum nicht geleugnet. Allein, wenn es sich nach dem Anfange des existirenden Streits fragt, so sollte es doch billig keinem Zweifel unterliegen, daß der Angreifende ihn angefangen. Der Anfang des Prozesses modificirt sich durch das Erforderniß der richterlichen Anerkennung der Rechtlichkeit des klägerischen Angriffs, die in der Citation ausgesprochen wird. — Mit Beziehung auf die oben cit. L. 7. de judic. wird man mir übrigens einwenden, sie handle gar nicht von der Litispendenz, sondern von der Prävention

Daß diese aber nicht aus der Litispendenz hergeleitet werden könne, behauptet Linde in s. Lehrb. §. 106 not, 5. Das Erste können wir nicht ganz bestreiten, und in der That haben wir es ja schon im Vorwege eingeräumt, daß in dieser Stelle nur implicite eine Beziehung auf die Litispendenz liege. Hierauf müssen wir aber auch ebenso fest bestehen, als darauf, daß die allgemeine Regel, von welcher sie eine Ausnahme enthält, nur in der Eigenthümlichkeit der damaligen Römischen Gerichtsverfassung ihren Grund hat. Aus diesem Grunde dürfen wir denn auch daraus, daß nach Röm. Recht die Citation Prävention begründete, während Litispendenz erst aus der Litiscontestation entsprang, nicht schliessen, daß ihrem Charakter und der Natur der Sache nach Prävention keine Folge der Litispendenz sey. Fragen wir denn doch weiter: warum begründet bei concurrirenden Gerichten Prävention die ausschließliche Competenz des prävenirenden Gerichts? Ohne Zweifel aus keinem andern Grunde, als weil dieses, seine Competenz vorausgesetzt, nun einmal die Sache in Händen hat [21]), weil dieses durch die Citation erklärt hat, causam hic ad finem esse deducendam. — Warum entzieht im Provocationsprozeß ex lege diff. bei mehreren concurrirenden Gerichtsständen die bei dem einen dieser Gerichte angestellte Provocation dem Diffamanten nicht das Recht der Wahl zwischen den verschiedenen Gerichten, mit andern Worten, warum begründet der Provocationsprozeß für den Hauptprozeß keine Prävention? [22]) Gewiß bloß des-

21) Es ist dieß eine einfache Anwendung des Grundsatzes, wonach der Staat den einmal bestehenden factischen Zustand so lange schützt, als nicht von Seiten eines Andern überwiegende Gründe für seinen Anspruch auf Abänderung oder Aufhebung dieses Zustandes beigebracht sind. Vgl. Thibaut's Pand. §. 809. vgl. mit Savigny's Besitz §. 3. no. 4.

22) Daß er es nicht thut, ist eine ausgemachte Sache. cf. Gail obs. lib. 1. obs. 11. no. 3. Bayer, summ. Proz. S. 138. — Lu-

wegen, weil die Hauptsache noch nicht in judicio ist, weil hierin noch keine Handlung vorgenommen ist, woraus ein solches Verhältniß der Sache zu dem Gericht hervorginge. In der That scheinen dieselben Momente, welche über das Daseyn der Prävention entscheiden, auch über die Existenz der Litispendenz zu entscheiden. Müssen wir namentlich Linde vollkommen beipflichten, wenn er §. 106. seines Lehrbuchs sagt: „Verfügungen des Gerichts, welche die Klage angebrachter Maaßen verwerfen, oder wodurch sich dasselbe für unzuständig erklärt, lassen, wenn dagegen Einwendungen gemacht werden, die Frage: ob Prävention vorhanden sey, so lange im Zweifel, bis unabänderlich über solche Einwendungen entschieden ist, wo bei günstigem Ausgange die Prävention auf den Augenblick der ersten abweisenden Verfügung zurückgezogen wird"; so leiten wir die Richtigkeit dieses Raisonnements gerade daraus ab, daß in diesen Fällen die Frage, ob Prävention vorhanden sey, zusammenfällt mit der Frage, ob bei dem Gericht, dessen Prävention zur Zeit noch bestritten wird, die lis pendent sey. Aus diesem Grunde können wir Linde freilich allerdings auch einräumen, „daß ein Gericht, das die Klage für unstatthaft erklärt, damit seine Competenz anerkenne." Allein keineswegs wird damit über seine ausschließende Competenz für künftige Fälle entschieden, keineswegs wird durch ein solches Erkenntniß Rechtshängigkeit begründet; vielmehr liegt in einem solchen Erkenntniß die Erklärung an den Kläger: wenn du deinen Anspruch anhängig machen willst, mußt du deine Sachen besser machen. Wir können deßwegen auch hier nicht annehmen, daß Prävention begründet sey. Aus der zuletzt angegebenen Bemerkung von Linde, so wie aus den Anfangsworten des §. 106, geht hervor, daß er die Wirksamkeit der Prävention überhaupt

---

dovici in s. Einl. in den Civilproz. cap. V. §. 21. nennt das judicium provocationis im Verhältniß zum Hauptprozeß „einen Vortrab der Litispendenz."

aus der Anerkennung der eignen Competenz von Seiten des Gerichts ableiten will. Ob nicht vor dieser Ansicht die andre den Vorzug verdiene, wonach die Prävention sich aus der Litispendenz entwickelt und rechtfertigt, mag man nach der einfachen Bemerkung entscheiden, daß, wenn es zur Begründung der Prävention bloß auf diese Anerkennung der Competenz ankäme, alle diejenigen im Irrthum befangen seyn müßten, welche unter den Erfordernissen der Prävention Concurrenz mehrerer gleichzeitig competenter Gerichte nennen [23]. Denn wie ließe sich eine solche Wirkung der Competenzanerkennung denken, wenn schon der Begriff der Prävention Competenz aller concurrirenden Gerichte voraussetzt.

Wir hoffen in dem Obigen bewiesen zu haben, daß seit der Aufhebung des Unterschieds von jus und judicium die Litispendenz Hauptwirkung der Citation ist, als deren Folge wiederum unter andern auch die Prävention erscheint, und daß daher auch jetzt die von Linde §. 206. der Litispendenz zugeschriebenen Wirkungen, namentlich der Uebergang der Klagen auf die Erben, die prorogatio fori u. s. w. nicht dieser, sondern lediglich der Einlassung als eigenthümliche Wirkungen beigelegt werden müssen, da diese Punkte auf ganz andern Fundamenten beruhen, und von ganz andern Gründen ausgehen, als die Litispendenz. — Daß wir bei dieser Deduction die nov. 112 cap. 1. und die clem. 2. ut lite pendente nihil innov. mit Stillschweigen übergangen, wird wohl keiner Entschuldigung bedürfen, theils weil diese Stellen, und namentlich die letzte aus dem über die Worte „quoad hoc" geführten Streite als hinlänglich bekannt vorauszusetzen waren, theils auch, weil aus der geführten einfachen Argumentation allein schon hinreichend hervorzugehen schien, quod erat demonstrandum, und wir daher jener Stellen zur Unterstützung dieses Beweises nicht zu bedürfen schienen.

---

23) Man wird dieß Erforderniß auch wohl bei keinem Prozessualisten vermissen, namentlich nicht bei Linde selbst, cf. Lehrb. §. 105.